SEÑOR PRESIDENTE.- Habiendo número, está abierta la sesión.

(Es la hora 14 y 48 minutos)

La Subcomisión de Presupuesto integrada con Hacienda, de la Cámara de Senadores, da la bienvenida a los doctores Carlos Delpiazzo, Leonardo Costa y a la doctora Coduri. De acuerdo a lo resuelto en la sesión pasada, se comenzó a estudiar el proyecto de ley sobre contratos del Estado y se examinó hasta el artículo 8º. En virtud de que surgieron algunas dudas -una de ellas referida al concepto de administraciones públicas- se consideró necesario consultar al señor Prosecretario de la Presidencia, doctor Leonardo Costa, y al doctor Carlos Delpiazzo, razón por la cual se les remitió la versión taquigráfica por Secretaría para que tomaran conocimiento de las mismas.

SEÑOR DELPIAZZO.- Efectivamente, he recibido por correo electrónico la versión taquigráfica del intercambio de ideas mantenido en una reunión anterior -no figura la fecha en que esto aconteció- donde se plantearon al menos media docena de aspectos sobre los cuales podría ser interesante profundizar desde el punto de vista jurídico. Uno de ellos es el uso de la expresión "administración pública" que señaló el señor Presidente de la Comisión. De la versión taquigráfica surge que éste aclaró que esa expresión en nuestra doctrina del Derecho Administrativo refiere a la actuación de todo órgano público actuando en función administrativa y, en ese sentido es que ha sido utilizada.

En el segundo párrafo del artículo 1º se aclara que la referencia a administraciones públicas comprende a todas las personas públicas estatales, a través de la actuación de sus distintos órganos. Como esta ley, al igual que el texto precedente -que es el vigente y que está contenido en la Ley de Contabilidad y Administración Financiera- refiere a todas las entidades estatales y también, en algunas de sus disposiciones, a las personas públicas no estatales -como en el tema de las preferencias, planteado por el señor Senador Núñez en una reunión anterior- entonces se prefirió utilizar esta expresión "administraciones públicas", como manera de conglobar a todas las administraciones y no tener que repetir, en cada oportunidad, la referencia a los sujetos comprendidos que serían, el Estado, persona pública mayor, cada uno de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados y cada uno de los Gobiernos Departamentales.

La pretensión entonces, fue utilizar una denominación genérica y que, desde el artículo 1º de la norma, quedara aclarado que se alcanza al universo de las posibles entidades jurídicas públicas y estatales personificadas que prevé la Constitución.

SEÑOR GALLINAL.- Nuestra duda era si no sería más conveniente utilizar la expresión en singular y no en general, es decir, tomar la definición del inciso segundo del artículo 1º: "Quedan comprendidos dentro del concepto de administración pública...", porque es el concepto tradicional. Me parece que, de esa manera, le damos mayor claridad y no introducimos otro concepto que, quizás después, signifique una suerte de confusión. La idea era que, si ustedes no tenían inconvenientes ni objeciones en que se siga utilizando la expresión "administración pública", entonces volveríamos al singular.

SEÑOR DELPIAZZO.- El sentido de haber pluralizado es, pura y exclusivamente, el que acabo de explicar, es decir, abarcativo de la pluralidad de las entidades estatales. En modo alguno me parece que hay dificultad en expresarlo genéricamente en singular. Quizás los señores Senadores tengan presente, que incluso en el TOCAF vigente hay confusiones; a veces se habla de "órgano público", otras de "organismo público" y en ocasiones de "administración pública". Eso ha dado lugar a algunas dificultades en la operativa práctica. Por ejemplo, la doctrina dice que cuando se habla de "órgano", se está haciendo referencia a la porción nominada de la administración de que se trata, mientras que cuando se habla de "organismo", se alude a la persona jurídica. Lo que sucede es que a veces, en el lenguaje vulgar, no se hila tan fino.

En consecuencia, parecía bueno buscar una nomenclatura abarcativa, que de modo alguno implica caer en un punto de vista que existe en el Derecho Comparado -no es el caso de nuestro Derecho- donde la administración pública es, por sí misma, un sujeto de derecho. No se trata de generar, entonces, un sujeto de derecho o un conjunto de derecho nuevos, sino simplemente de procurar una denominación abarcativa de los preexistentes.

SEÑOR GALLINAL.- Estoy de acuerdo. Incluso, en el artículo 3º se lo aclara expresamente. De manera que en la redacción se vuelve a emplear el singular: "Son sujetos de la contratación administrativa la administración pública, expresando su voluntad mediante los órganos competentes..."

SEÑOR PRESIDENTE.- Al analizar el artículo 2º del proyecto de ley surgieron algunas dudas en cuanto a los nuevos principios que se agregan al texto vigente del TOCAF. Me refiero a los principios de transparencia -que motivó dudas en el seno de la Comisión- equidad y eficiencia. Por otro lado, la Comisión sí aceptó el principio de buena fe. Por lo tanto, sería muy bueno que se nos aclarara, por lo menos, el significado de esos tres principios a los efectos de que este Cuerpo evalúe si los mantiene o, por el contrario, los elimina.

SEÑOR GALLINAL.- Quisiera agregar algo complementando lo expresado por el señor Presidente y también abarcando todo el artículo 2º.

Tenemos dudas referidas al acápite del artículo en cuanto a que la celebración y ejecución de dichos contratos no comprenderían todas las etapas, sino que habría -teóricamente- una etapa previa de preparación a la celebración. En este sentido, quisiéramos saber si pudiéramos incluir ese concepto dentro del acápite del artículo.

SEÑOR DELPIAZZO.- Los principios generales de Derecho son y existen aunque el Legislador no los mencione expresamente. Ahora bien, en la línea de lo que ha sido la legislación reciente en nuestro país y cumpliendo con un rol ciertamente muy importante de la ley como instrumento de pedagogía dentro del Derecho, se han venido explicitando algunos principios. Esto es lo que ocurrió, en materia de contratación administrativa, con el actual artículo 131 del TOCAF, norma que fue incorporada, precisamente, en el año 1990 en la Comisión de Presupuesto y Hacienda del Senado -no integraba el proyecto del Poder Ejecutivo- con el deliberado

propósito de aclarar, de poner explícitamente, cuáles son aquellos principios que iluminan toda la actuación de la administración en materia contractual.

Cuando se trabajó en la confección de este proyecto de ley, que tuvo múltiples etapas -en alguna de las cuales tuve el honor de ser invitado a participar- se entendió conveniente ampliar esa nómina. Se lo entendió así, en primer lugar, con referencia al principio de transparencia, porque al haber ratificado el Uruguay con posterioridad al año 1990 la Convención Interamericana contra la Corrupción -que alude expresamente a ella y lo hace, además, en relación a normas referidas a los sistemas de contratación públicos- era bueno que en una ley novedosa y posterior a la Convención esta disposición aclarara también la incorporación del principio de transparencia.

La más moderna doctrina del Derecho Administrativo, en particular la que estudia el tema de la contratación administrativa, entiende que se trata de un principio que va mucho más allá del de la publicidad. La publicidad en la contratación administrativa se manifiesta de modo muy patente en algunas etapas, por ejemplo, cuando se convoca a un procedimiento competitivo, cuando se dan a conocer los pronunciamientos de la Administración o, ahora, en función de decretos recientes, cuando aun las contrataciones directas se incorporan a un sitio Web en el portal del Poder Ejecutivo: www.comprasestatales.gub.uy.

Mientras que la publicidad implica que la Administración actúa para que lo que hace sea conocido, porque debe ser así o porque desea que sea así, la transparencia es mucho más que eso. La transparencia es que la Administración se deje ver mientras actúa y, entonces, en una materia tan sensible de encuentro entre las Administraciones Públicas y los administrados, como es la que refiere a la contratación administrativa, es realmente importante que a lo largo de toda la actuación de cualesquiera sea el procedimiento, se sepa qué está pasando. Se debe saber qué está pasando no porque la Administración publique un aviso en el Diario Oficial, sino que se debe saber qué está sucediendo mientras lo que está pasando acontece. Ese es el sentido de la transparencia. Ya existe alguna sentencia reciente de algún Tribunal de Apelaciones en lo Civil que ha recogido este concepto de transparencia como más abarcativo y comprensivo de nuevas situaciones no alcanzadas por el principio clásico de la publicidad de las actuaciones administrativas.

Como es sabido, el principio de buena fe es un principio general de toda la contratación, y eso lo dice el Código Civil. Como ustedes saben, muchas veces hay cierta resistencia desde el Derecho Público a aplicar las normas del Derecho común y, entonces, eso hacía bueno explicitar el alcance de este principio.

El principio de equidad y el de eficiencia puestos conjuntamente tenían básicamente en la intención de esta explicitación el que la procura de alcanzar los mejores resultados sea compatible con la equidad, es decir, con la justicia de la solución, tema que también está recogido en el artículo 5º de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que refiere a la materia contractual de los pactos que celebra la Administración. Entonces, parecía oportuno que en una ley que procura ordenar o codificar el Derecho Positivo vigente de carácter general en materia de contratación administrativa, se incluyeran estas disposiciones que, si no se introducen, igual son principios generales por su propia naturaleza ontológica e igual podrían ser invocados con un criterio exclusivamente positivista, porque están mencionados en la Convención Interamericana contra la Corrupción.

SEÑOR COSTA.- En cuanto a las etapas preparatorias que planteaba el señor Senador Gallinal, creo que el criterio de celebración está incluido, pero no veo ningún obstáculo para poder explicitarlo, especialmente porque es donde a veces surgen dudas acerca de cómo se arman los pliegos. Entonces, me parece sana la iniciativa del señor Senador en el sentido de incluirlo explícitamente, y que también en esa etapa los principios mencionados, especialmente el de transparencia en el concepto que mencionaba el doctor Delpiazzo, se encuentran incluidos. De manera tal de que incluso el administrado pueda tener algún derecho ante situaciones que puedan surgir de hacer tratamientos concretos. También es cierto que a veces la Administración dice que recién está armando el tema y, en realidad, en esa etapa preparatoria a veces se definen cosas importantes que después van a estar en el momento de la celebración.

SEÑOR DELPIAZZO.- En el texto vigente del artículo 131 se hablaba de principios generales de actuación y contralor. Como el contralor es ahora una materia ajena al tratamiento específico de la ley, la palabra no correspondería, pero se podría poner "toda actuación administrativa" o "preparación" para aludir a la etapa previa, a lo que sería el perfeccionamiento.

Me parece que los señores Senadores han interpretado el término "celebración" como sinónimo de perfeccionamiento. En realidad, al usar la palabra "celebración", se la pensó teniendo en cuenta toda la actividad preparatoria que lleva, a través de la selección del oferente titular de la propuesta más ventajosa, al perfeccionamiento del contrato.

Pienso, ciertamente, que todo lo que aclare es positivo y vale la pena incluirlo en orden a una posterior aplicación más eficaz.

SEÑOR PRESIDENTE.- Consulto si la redacción podría ser la siguiente: "Los principios generales que regirán la preparación," -o "elaboración", creo que podrían utilizarse cualquiera de los dos términos- "celebración y ejecución de dichos contratos así como el control de los órganos estatales".

SEÑOR ATCHUGARRY.- Si el tema es no aplicar el contralor -lo que creo que es un error porque quien va a controlar a la Administración tiene que aplicar estos principios- se quita el término "contralor" y se lo sustituye por la expresión "los principios generales de actuación de los organismos estatales en materia de contratación serán tales". Además, creo que el contralor está demás porque si un organismo que tenga este carácter es llamado a actuar en la etapa de contratación, actuará. En este sentido, vale la pena recordar que el viejo Código Civil, que es tan sabio, dice las cosas con pocas palabras. Entonces, mientras más claros y escuetos seamos, será mejor. Si lo que molestaba era la referencia al contralor -cuyo sentido nos han explicado, tan claramente, los doctores Delpiazzo y Costa, es decir que la intención era separar lo que antes estaba junto en esta materia- creo que la solución sería eliminar dicha palabra que hasta puede ser redundante y dejar el acápite inicial.

No recuerdo exactamente quién, de los aquí presentes, hizo un comentario sobre la transparencia, en especial sobre la aplicación del término, creo que fue el Senador Gallinal. No me convenció mucho, cuando se trata de principios generales que después sirven al oferente litigioso al cual, lamentablemente, la Administración latina es tan propensa. Todos hemos visto procedimientos fallidos, de tres, cuatro o cinco años, que la Administración intenta, pero generalmente se encuentra con que el oferente, cuando está decidido a impugnarlos, los impugna una y otra vez. En cuanto a los principios de equidad y eficiencia, una cosa es que sean los cometidos propios de toda entidad estatal y otra es ponerlos como criterio de interpretación de las normas. Entonces, por ejemplo,

una persona puede impugnar el pliego porque entiende que no es de equidad. El literal f) habla de igualdad de los oferentes. Se podrá decir que los oferentes son iguales pero que sería más justo que, aplicando el criterio de equidad, se le concediera a determinada persona, aunque su precio sea más caro, porque es buen padre de familia, cariñoso o lo que se quiera.

Por eso, en la Comisión había ambiente de aceptar el criterio de buena fe, creo que es bueno ponerlo aunque hay ciertas resistencias a traspasarlo pero, reitero, que se aceptó de buen grado. Creo que lo expresado sobre la transparencia, a mi juicio era más por el término que por el concepto en sí mismo. Concretamente, los otros dos criterios no los pondría. Francamente, creo que es una obligación de la Administración, pero reitero que no los incluiría. Digo esto, porque cuando se contradice la igualdad con la eficiencia o se impugna el pliego porque la persona cree que no es eficiente, cuantos menos elementos de esta naturaleza tengamos, sería mejor. Creo que los problemas de corrupción no están por acá. Generalmente los problemas tienen que ver con impugnaciones interminables cuando se trata de contratos de volumen, de oferentes por única vez, mientras que el oferente usual de la Administración suele no impugnar mucho. Ahí, de repente, no digo que se encuentre corrupción pero sí ineficiencias. Si no, veamos los inconvenientes que tenemos con la compra de medicamentos, y en este caso no estamos ante un tema de corrupción, sino de oligopolios, de falta de competencia y otras cosas por el estilo, donde la Administración pierde dinero y no es por un problema de falta de ética.

SEÑOR COSTA.- Como decía el doctor Delpiazzo, creo que estos son principios que tratan de buscar lo que se acaba de plantear. No veo ningún inconveniente en eliminar las palabras "inequidad" e "ineficiencia". Simplemente, se expresa "transparencia" tratando de "aggiornarlo" con la Ley Anticorrupción. El señor Senador Gallinal hablaba de "cristalinidad"; es verdad, quizás "transparencia" sea el concepto que mejor traduce su significado, que también tiene origen en el Derecho anglosajón y de ahí viene su incorporación a la Convención Anticorrupción. La realidad es que ha ido ganando la traducción y, hoy por hoy, prácticamente en todo el Derecho Comparado, y también en el uruguayo, se habla de transparencia y no de cristalinidad, que tal vez en nuestro idioma sea lo más representativo. Sería bueno dejar la palabra "transparencia" y simplemente "aggiornar" el principio a lo que es la Ley Anticorrupción, que ya está vigente.

SEÑOR ATCHUGARRY.- El problema se plantea con el "nomen juris", no con el concepto.

SEÑOR GALLINAL.- Lo bueno es dejar la palabra "transparencia"; lo malo es eliminarla porque puede ser malinterpretado.

SEÑOR PRESIDENTE.- Dejaríamos, pues, "transparencia" y "buena fe", y se aceptaría eliminar los principios de "equidad" y "eficiencia".

La otra propuesta del señor Senador Atchugarry es mantener el inciso primero del artículo 2º con la redacción que da el artículo 134 del TOCAF, excepto la palabra "contralor".

SEÑOR ATCHUGARRY.- Advierto que si es de interés mantener la palabra "contralor", no tengo inconveniente en ese sentido.

SEÑOR DELPIAZZO.- Seguramente, me expliqué mal. Se modificó la redacción del acápite porque toda esta normativa hoy integra el Texto Ordenado de Contabilidad de Administración Financiera, dentro del cual hay libros dedicados al tema del control, pero no se quería excluir al control estatal en materia de contratación, de los principios. Por eso es que la redacción igual cubre las dos cosas, sólo que dicho de otra manera. Dice: "Los principios generales que regirán la preparación, celebración y ejecución de dichos contratos así como el control de los órganos estatales en materia de contrataciones serán:". O sea que las dos áreas están cubiertas, pero acotadas a lo que es el objeto específico de esta ley. Nada impide que, alternativamente, en vez de hablar de "preparación", "celebración" y "ejecución" -que marcarían los tres momentos fundamentales en la vida de un contrato de la Administración- puedan ser sustituidos por la palabra "actuación". La palabra "control" ya está con ese alcance, limitado a la materia específica.

SEÑOR ATCHUGARRY.- No hay inconveniente, pues, en mantener el inciso primero del artículo 2º con la redacción que da el artículo 134 del TOCAF, y sustituir la palabra "contralor" por "control".

SEÑOR GALLINAL.- No cierra la redacción. Pienso que es mejor mantener la palabra "preparación".

(Dialogados)

Entonces eliminemos la referencia a los contratos.

En definitiva, el señor Senador Atchugarry plantea que se mantenga el acápite del artículo 134.

SEÑOR DELPIAZZO.- Perdón, del artículo 131, señor Senador.

SEÑOR ATCHUGARRY.- No tengo inconveniente en que se diga: "Los principios generales que regirán la actuación de los órganos estatales en materia de contrataciones serán". A mi juicio, ahí está todo, es decir: la actuación, quién contrata, quién controla, el administrado que lo puede invocar.

En este sentido, propongo que se agregue la expresión: "así como del control", aunque no tengo inconveniente en dejar la redacción tal como está.

SEÑOR PRESIDENTE.- De todas maneras, en su momento la Comisión tendrá que reexaminar este punto.

Por otra parte, el inciso tercero del artículo 7º motivó también algunas dudas a algunos miembros de la Comisión. El mismo expresa: "Sin perjuicio de la centralización y libre flujo de la información, la inscripción de cada interesado será única, podrá realizarse descentralizadamente y por medios remotos de comunicación electrónica, de modo que ninguna Administración Pública podrá exigir una nueva inscripción a quien ya se encontrare inscripto en cualquiera de los registros existentes". Si no estoy equivocado, creo que este tema fue observado por el señor Senador Atchugarry.

SEÑOR ATCHUGARRY.- Supongo que lo que aquí se está considerando son los numerosos registros que tiene cada organismo, más allá del Registro General de Proveedores del Estado. Ahora bien; lo medular del artículo propuesto es donde dice: "La

inscripción de cada interesado será única, podrá realizarse descentralizadamente y por medios remotos de comunicación electrónica, de modo que ninguna Administración Pública podrá exigir una nueva inscripción a quien ya se encontrare inscripto en cualquiera de los registros existentes".

El tema que se plantea es el siguiente. Vamos a suponer que la Intendencia Municipal de Artigas tiene un Registro. Entonces, quiero saber si el mismo es de la Intendencia Municipal de Artigas o integra el Registro General de Proveedores del Estado. Dicho en otras palabras: si la Intendencia Municipal de Artigas exige menos requisitos que el Registro General de Proveedores del Estado y me inscribió, consulto si automáticamente quedo habilitado para toda la Administración. Esta es la parte del artículo que no nos quedó clara.

SEÑOR DELPIAZZO.- Esta disposición, hasta donde conozco, tuvo muchísimas alternativas de redacción. Seguramente, el señor Prosecretario podrá asegurar que el propósito del Poder Ejecutivo era el de tener un solo Registro de Proveedores y Contratistas del Estado. Como hoy existen multiplicidad de Registros y como, además, una solución unificadora podría plantear reparos de constitucionalidad por las autonomías, etcétera, se optó por decir que exista -no en términos materiales de soporte papel, sino en términos de cúmulo informativo que pueda discurrir a través de los instrumentos tecnológicos de que se disponga- una sola masa de información a la que puedan acceder todos, incluso los administrados, frente a la Administración que tengan más cerca. Esto es a los efectos de que la empresa no tenga que hacer tantas registraciones como administraciones existan con las que tenga potencialmente la posibilidad de contratar.

SEÑOR ATCHUGARRY.- Creo que ello no resuelve el tema.

Voy a volver al ejemplo que mencioné antes. En el único lado en que me inscribí fue en la Intendencia Municipal de Artigas. ¿Qué es lo que queremos evitar? Que haya muchos registros y que, a su vez, las fuentes de información no estén comunicadas.

SEÑOR DELPIAZZO.- Exacto, señor Senador.

SEÑOR ATCHUGARRY.- Ahora bien; ¿qué sucede si después me inscribo en la Intendencia Municipal de Maldonado y le incumplo? Como no se trata del Registro Unico de Proveedores, la información no llega a los demás Entes del Estado. Estamos de acuerdo en que ello es un desorden.

Entonces, lo que planteo es que debemos asumir la decisión de que la inscripción sea ante el Registro General de Proveedores del Estado, aunque ello no evita que si una Administración, básicamente comunal -y creo que los Entes Autónomos se tendrían que avenir- en aras de su interpretación constitucional, quiere llevar un registro, lo pueda hacer. Ello será inevitable con cualquier redacción que le demos a la norma. Me parece que en un país de tres millones de habitantes no podemos hacer otra cosa que pensar en fortalecer la idea del Registro Unico.

Ahora bien, si luego la Intendencia de Artigas, interpretando la Constitución, dice que tiene derecho a hacer su propio registro, no habrá Cristo que lo impida. Pero, por lo menos, me parece que la dirección de la ley debería ser la que ha tenido siempre el Estado uruguayo: fortalecer la posibilidad de que exista un Registro Único -como lo dice su nombre- de Proveedores.

SEÑOR COSTA.- El objetivo de que hubiera un Registro Unico era evitar que la multiplicidad de registros se convirtiera en una traba para el ingreso en la contratación administrativa y, también, impedir que se deje fuera a alguien que se olvidó presentarse en el Registro Unico de Proveedores de ANTEL, por ejemplo, cuando en realidad, lo que importa es la información centralizada que tiene el Registro General de Proveedores del Estado. En ese sentido, la idea es que si estoy inscripto en el Registro Unico y la Intendencia o cualquier otro organismo quiere que aporte más información, no pueda pedir más que la que tengo; es decir, que la que tengo sea válida.

Entiendo el punto de vista del señor Senador Atchugarry y, además, lo comparto. Quizá lo que debemos decir es que es mejor tener potencialmente veinte y no cincuenta y cinco. Si sabemos que ese riesgo puede existir, o sea que los Municipios pueden entender que se afecta su autonomía y puede ser razonable que quieran incluir un registro aparte; pero, por lo pronto, para el Estado Central debería haber uno solo.

SEÑOR ATCHUGARRY.- No me cabe ninguna duda de que el Estado Central y la Administración descentralizada están sujetos a la ley, y tengo la impresión de que también ocurre lo mismo con los Gobiernos Departamentales, puesto que todos aplican la Ley de 1935. Por lo tanto, insisto en que hay que fortalecer un único registro y punto ya que, de lo contrario, estaríamos facilitando al proveedor incumplidor.

SEÑOR COSTA.- Y también algún ingreso, porque hay que ser conscientes de que por los registros la Administración cobra proventos. De todos modos, creo que es un sobrecosto para la Administración que hay que evitar sí o sí.

SEÑOR GALLINAL.- Me parece que lo que genera el problema que plantea el señor Senador Atchugarry es el inciso tercero. Por el inciso primero, queda claro que hay un Registro General, que pueden existir registros en los demás organismos del Estado y que va a haber un cruce de información entre el Registro General y los que llevan los organismos. Entonces, puede ser bueno para el Registro General saber que un contratista incurrió en determinados incumplimientos o tuvo problemas con una Administración en particular, y que esa información se tenga presente.

Reitero, pues, que lo que complica es el inciso tercero en tanto la inscripción realizada ante la Intendencia Municipal de Artigas puede ser interpretada, de acuerdo con lo que establece el artículo, como que cumplido ese trámite ya se está inscripto en el Registro General, que es lo que el señor Senador Atchugarry pretende evitar. Por lo tanto, deberíamos modificar la redacción de este inciso.

SEÑOR ATCHUGARRY.- Pediríamos, entonces, que se nos envíe una nueva redacción.

SEÑOR GALLINAL.- Simplemente, quiero hacer alguna aclaración.

En primer lugar, quiero informarme acerca del concepto de "personas naturales", que aparece en el artículo 3º.

Paso ahora al artículo 4º que es, justamente, donde se aplicaría lo que referíamos al principio, de utilizar la expresión "Administración Pública" en singular. El primer inciso de esta disposición establece: "No obstante lo establecido en el artículo anterior, constituirán impedimentos para contratar con las Administraciones Públicas", etcétera. Y, concretamente, en el literal e) se dice: "Tener conflictos de interés con la parte contratante". Lo que interpretamos de esto es que el conflicto de interés no es con la Administración Pública en general sino, en el caso concreto, con quien va a realizar el contrato.

Me gustaría saber cuál es la interpretación que se le quiere dar porque se puede tratar de un conflicto de interés con la Administración Pública en todos los casos o, simplemente, reducirse a la parte contratante.

SEÑOR DELPIAZZO.- Este es un tema muy delicado que ha ameritado muchísimas discusiones y en el cual las Administraciones Públicas han tenido criterios muy diversos.

En este proyecto de ley, al identificarse la Administración Pública con las personas jurídicas, guste o no, se estime amplio o no el criterio, la parte contratante es el sujeto de Derecho. Si contrata con el Estado persona pública mayor, Ministerio del Interior, no puede tener conflicto de intereses aún cuando se trate de otra parte de la misma Administración. En la práctica aplicativa se han sostenido criterios muy diversos. Por ejemplo, cuando fue Ministro de Obras Públicas el ingeniero Vejo Rodríguez propuso -y obtuvo la aprobación de un decreto del Consejo Nacional de Gobierno- limitar el alcance de la norma a nivel de Inciso del Presupuesto. Posteriormente, hubo normas que acotaron esto a las Unidades Ejecutoras. En ese caso, no puede tener un conflicto de intereses o no puede pertenecer a la Aduana si va a contratar con la Dirección General Impositiva.

Asimismo, la Intendencia Municipal de Montevideo ha tenido un criterio más estricto todavía, de manera que la sola pertenencia a la Administración o la realización de un contrato con cualquiera de sus dependencias, inhabilita para toda otra.

Lo que se procuraba era simplemente optar por un criterio que fuera claro. ¿Quién es la parte contratante? Es el sujeto de Derecho Administrativo correspondiente. Quizás pueda parecer que esto es muy amplio y que debería acotarse, pero ese es el sentido que tiene esta norma.

Con respecto a la expresión "personas naturales", equivale a la de "personas físicas".

SEÑOR COSTA.- En realidad debería decir "personas físicas" que es el criterio adoptado por el Derecho. Lo relativo a "personas naturales" es una corrección que realizó una persona del exterior.

SEÑOR GALLINAL.- En definitiva, debemos entender que a criterio de nuestros invitados el conflicto de interés debe interpretarse con la Administración Pública.

SEÑOR DELPIAZZO.- Por ejemplo, si se contrata con ANTEL, es todo el Ente.

SEÑOR GALLINAL.- En el acápite del artículo 4º se dice: "constituirán impedimentos para contratar con las Administraciones Públicas:" y el literal e) expresa: "Tener conflicto de interés con la parte contratante". Ahí lo reducimos al caso del órgano competente que va a expresar su voluntad para contratar y no lo extendemos a la Administración Pública.

SEÑOR DELPIAZZO.- Existe una interpretación diferente en la medida en que en un contrato "parte" es un sujeto de Derecho. En el sentido que le estamos dando, sujeto de Derecho es la Administración. Por esa razón hacía referencia a los distintos alcances. Si se quiere que el conflicto de intereses lo sea sólo con una porción de la Administración, probablemente habría que referir al órgano "sistema orgánico contratante" dentro de esa Administración Pública como sujeto de Derecho que, en algunos casos, es muy grande.

Este problema se plantea más bien con el Estado persona pública mayor porque, con ANCAP, ANTEL, UTE o el Gobierno Departamental de Rivera, quizás, la situación no tenga la misma característica.

SEÑOR COSTA.- La racionalidad debiera decir, por ejemplo, que si soy funcionario del Ministerio de Economía y Finanzas no debiera contratar con ninguna porción de todo el Inciso porque parece ser razonable que si soy un abogado y tengo una especialidad académica y el Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca me quiere contratar, no debería existir esa limitación aunque, reitero, sí con todo ese Inciso, como se planteaba en la historia de la aplicación de esta norma.

Básicamente, este problema se da en la Administración Central, es decir, en el Estado persona pública mayor.

Quizás debamos acotarlo a ese nivel y no al de la Unidad Ejecutora ya que efectivamente existe un conflicto de intereses.

SEÑOR PRESIDENTE.- Quiere decir que ya no se trataría de la persona jurídica sino, concretamente, de un Inciso de la persona jurídica Estado en el sentido estricto.

SEÑOR DELPIAZZO.- Si esa es la voluntad, se podría utilizar la misma redacción con un pequeño ajuste del literal a), donde se plantea como situación impeditiva ser funcionario público dependiente de los organismos. Creo que tendría que decir "órganos", porque "organismo" es la entidad personificada. Debería decir: "ser funcionario público dependiente de los órganos de la Administración contratante".

De la misma manera, el literal e) podría decir: "Tener conflictos de interés con el órgano interviniente de la Administración contratante".

SEÑOR COSTA.- Uno de los puntos discutidos en la Comisión fue la interpretación del artículo 8º. Creo que debemos dar una explicación del contenido y la idea de esta disposición.

He traído un estudio comparativo de cuáles son las compras públicas medidas en el sistema de compras. Básicamente, en licitación pública estamos hablando de un 23 % en el caso de dólares y un 8 % en el caso de pesos. La concentración se está dando en la compra directa y la compra directa por excepción. ¿Esto qué quiere decir? Que la mayor parte de lo que compra el Estado hoy -generalmente son cosas de precios menores- está dado por este nivel. Por eso nosotros queremos establecer que el

principio general no debe ser la licitación, sino los procedimientos competitivos. Con esto no debe interpretarse que no queremos que se use la licitación como principio para aquellas compras que excedan ciertos límites. Pero para las demás compras que, en los hechos, representan casi el 50 % del gasto o del monto comprado por el Estado, parece razonable ir acotando cada vez más la compra directa, pasando no a un procedimiento difícil y complicado como suele ser el de la licitación pública, sino al principio competitivo. ¿Qué queremos decir con esto? Básicamente, se establecen después algunos procedimientos; y los decretos del Poder Ejecutivo han ido justamente al procedimiento competitivo, estableciendo que debe haber una publicación previa a la contratación con días de anticipación a ésta de manera que cualquier proveedor pueda presentarse y establecer una contienda en los precios.

En otro de los estudios que trajimos con información al presente, se ve que en procedimientos competitivos la desviación o el precio de fabricado siempre tiende a ser menor. Por eso se cambia el principio, no con el ánimo de que la licitación no sea el procedimiento por excelencia, sino que sea un procedimiento de excepción y que el procedimiento por excelencia siempre sea un procedimiento competitivo. Este debe ser el principio general en la contratación.

SEÑOR PRESIDENTE.- El señor Senador Núñez, que no está presente en el día de hoy, fue el que planteó la observación.

Por otra parte, el señor Senador Astori había formulado una duda en la sesión pasada en relación al literal g) del artículo 4º, que dice: "Haber sido condenado por la comisión de delitos económicos; cuando el contratante sea una persona jurídica, el impedimento referido se considerará con relación a sus representantes, administradores o directores". Concretamente, propuso cambiar el punto y coma por un punto, y continuar punto y seguido.

SEÑOR COSTA.- Estamos de acuerdo con esta observación.

SEÑOR PRESIDENTE.- Otra observación que también se formuló en la sesión pasada estaba referida al artículo 6º, cuando dice: "...extendido por el Registro Nacional de Empresas de Obras Públicas llevado por el Poder Ejecutivo, el que queda facultado para su reglamentación". Aquí se propuso eliminar la expresión "el que queda facultado para su reglamentación" porque el Poder Ejecutivo tiene la facultad de reglamentar las leyes, por lo que va de suyo que puede hacerlo ya que es una de sus potestades o competencias. En consecuencia, a la Comisión le pareció que era conveniente eliminar esa frase.

SEÑOR DELPIAZZO.- En ese caso, también debería eliminarse la misma frase en el artículo 7º.

SEÑOR PRESIDENTE.- Efectivamente.

SEÑOR GALLINAL.- Yo volvería a los artículos 8º y siguientes de manera de tratar de seguir avanzando. En realidad, el cuestionamiento no lo planteamos nosotros sino el señor Senador Núñez pero, por los términos en que lo hizo, se nos generaron muchas dudas y termina realizando un razonamiento que es igual a la conclusión a que ha llegado el doctor Costa. El principio general es el artículo 8º que plantea los procedimientos competitivos. La licitación pública pasa a adquirir un carácter excepcional y el que se aplicará como procedimiento competitivo se define en los artículos 10, 11, 12 y 13. Parecería que el artículo 9º debería estar a posteriori de los mismos. Esto lo digo para tratar de terminar de entender porque, de lo contrario, nos vamos a trancar en esto y es fuerte que quien vino a hacer el planteamiento en la Comisión nos diga: "Así que entonces están eliminando el procedimiento de la licitación pública como principio general".

SEÑOR DELPIAZZO.- Eso es asumiendo un principio que no existe.

SEÑOR GALLINAL.- Exactamente.

SEÑOR COSTA.- Por eso trajimos los números. El principio general que existe, que es la licitación pública, en la práctica y dados los montos, no se da. Sin entrar al tema de si lo que se hace es repitiendo compras públicas para evitar el límite de la licitación, en la práctica vemos que la mayor parte de las compras de insumos del Estado son directas. En realidad, no se quiere variar la estructura en general de la compra pero sí hay un cambio que tal vez sea el mayor que presenta el proyecto de ley y voy a pedir al doctor Delpiazzo que profundice en él. Me refiero a que nosotros planteamos que el principio general sea un procedimiento competitivo: licitación para determinados montos. Cuando el objeto del gasto sea armonizable o fácil de incluir -por ejemplo, papel A 4- establecemos un procedimiento competitivo por el cual decimos que estamos dispuestos a pagar no más de equis pesos por la resma de papel y gana el contrato quien me ofrezca menos. En el caso de que se deriven ingresos para la Administración, quien pague más se lleva el contrato. Estos son los principios. En cierta forma, se termina -o al menos eso se pretende- con los compartimentos estancos en el sentido de que lo que delimite la compra -o, más concretamente, la contratación administrativa- sea el monto del gasto. Lo que nosotros tratamos de hacer es que el principio sea un procedimiento competitivo y que el objeto del gasto sea el definidor. No sé si el doctor Delpiazzo puede acotar algo más a este respecto.

SEÑOR DELPIAZZO.- Señor Presidente: en el régimen vigente, que está encabezado por el artículo 33 del TOCAF, el criterio de la ley es examinar si del contrato a celebrar se deriva una erogación o un ingreso. Si se deriva una erogación, la solución de principio parecería ser la licitación y si se deriva un ingreso, es la licitación o remate. Parecería que esta es una solución de principio porque el artículo 33 habla de todo contrato, pero luego, en el resto del artículo 33, en el 34 y siguientes, se establece un conjunto de reglas contradictorias con estas. Además, en múltiples leyes presupuestales, que aparecen recopiladas en el libro que dispone el señor Presidente, se consagra un sinnúmero de procedimientos para adquisición y enajenación de inmuebles y un muy largo etcétera, con lo cual la licitación pública no es un principio. No sólo no es un principio desde el punto de vista normativo, sino que tampoco lo es en la realidad desde el punto de vista cuantitativo.

Pero, ¿cuál era la realidad vigente en la época de dictarse el TOCAF? La ley sólo regulaba la licitación y el remate; y de la licitación, un procedimiento más largo que es la licitación pública y uno más corto, que es la licitación abreviada.

Esa no es la realidad de este proyecto donde no hay una regla y excepciones, sino un principio que es el de seguir un procedimiento competitivo y luego una batería de procedimientos todos competitivos para los cuales se establece que proceden en determinados supuestos. Cuando la situación planteada no encuadra en ningún supuesto, entonces, ese procedimiento competitivo es el de la licitación, que es uno de los procedimientos competitivos.

Es bueno señalar que durante los años en que a nivel del Poder Ejecutivo se trabajó en esto se previeron muchísimos otros procedimientos más para contemplar realidades contractuales como las de las concesiones, a las cuales es evidente que no se adapta la licitación pública; estos no figuran en este proyecto, pero también se agregaban a este elenco de procedimientos competitivos.

Entonces, supongamos que en el día de mañana el Parlamento aprueba una ley de concesiones -que el país tanto necesita- y se establecen otros procedimientos, ¿se afecta esta mecánica? No, simplemente se agregan otros procedimientos que van a corresponder en determinados supuestos. ¿Cuáles? Los que cada norma defina.

De modo que no es que la licitación deje de ser un principio o que la contratación directa sea una excepción a la licitación pública como aparece hoy en el TOCAF, es que la contratación directa es otro procedimiento alternativo a los competitivos, que son la solución de principio. Entonces, la contratación directa en el proyecto no es una excepción a la licitación, sino que es una excepción al principio de competencia que inspira todos los procedimientos, porque son todos competitivos.

SEÑOR ATCHUGARRY.- No dudo que cuantitativamente sea como dice el doctor Delpiazzo, pero tengo la impresión de que -en especial creo que fue el señor Senador Núnez el que hizo el planteo- hay un tema que tiene que ver con la presentación del asunto. Entonces, consulto a nuestros visitantes si no podemos hacer un esfuerzo por encontrar una redacción que mantenga el concepto de que todo contrato se celebrará mediante el procedimiento de licitación pública e incluso agregaría subasta o remate o pregón público, que es otra modalidad, sin perjuicio de lo que se dispone en los artículos siguientes.

Me parece que, aunque tal vez la expresión que trae el proyecto es más atildada en cuanto a la realidad, genera un poco de impresión al contraponer los dos textos. Pienso que se podría llegar a un texto sin agregar o quitar mucho a lo que se quiere hacer.

Porque en uno decimos que la regla es la licitación pública o la subasta y después siguen las excepciones. En otro decimos que la regla son los procedimientos competitivos y en el artículo siguiente se expresa que en principio es la licitación. Creo que podemos hacer un esfuerzo de redacción para poder superar este asunto.

SEÑOR COSTA.- Creo que no habría inconvenientes en hacerlo así porque además es lo que se quiere, ya sea la subasta, la licitación o el pregón. Inclusive, puede ser directamente un procedimiento competitivo de precios, poniendo públicamente la necesidad de comprar un determinado ítem, dado que eso es un procedimiento competitivo, no vemos inconvenientes. Y además -entendiendo el punto planteado por el señor Senador Atchugarry, como también por el señor Senador Gallinal- esto no debe ser un cambio radical en la concepción, por lo menos que todos tenemos, de que la licitación es el mecanismo por excelencia, y dado que nosotros queremos lo mismo, no veo inconvenientes en recoger esos principios.

SEÑOR GALLINAL.- Este tema lo discutimos en el Senado en otras circunstancias. Desde luego que no soy administrativista, apenas soy egresado de la Facultad de Derecho, pero entiendo que el procedimiento de la subasta, del remate, del pregón o de la puja, puede ser un concepto que esté integrado dentro de la licitación pública. En realidad, la subasta o remate puede ser una forma de implementar una licitación pública. Por ejemplo, cuando la ley de ANCAP, nosotros tuvimos que prever expresamente la posibilidad de la subasta, porque no alcanzaba con la remisión a la licitación pública, dado que entendimos que de acuerdo a la normativa vigente, la licitación excluía la subasta. Y me parece que lo que deberíamos hacer es definirla más concretamente como una forma de licitación porque ahí nos evitamos la crítica, que es de recibo, cuando se dice que la puja, el remate o el pregón excluye la posibilidad de elección de los oferentes, porque no hay una etapa de preclasificación o porque no hay una etapa posterior en la que se puedan descalificar. Y eso no es así, ya que puede haber una subasta o un remate y eso no significa que cualquiera pueda subastar en él. O que a cualquiera que se le adjudique el remate, necesariamente se le termina adjudicando la licitación.

SEÑOR COSTA.- Lo que plantea el señor Senador Gallinal es así y cuando las unidades centralizadas de compra, tanto en medicamentos como en alimentos, se enviaron al Tribunal de Cuentas, existen y existían mecanismos de control para saber si todos estaban calificados o no para competir. Quizás lo que debiéramos cambiar no sería la licitación pública ni el concepto restringido, sino el concepto amplio.

SEÑOR DELPIAZZO.- Sería lo que el señor Senador Núñez llamó un cambio filosófico. Porque la "filosofía" que surge de la redacción del proyecto, es el de un conjunto de procedimientos alternativos. Y si yo entiendo bien, se iría hacia otra solución en la cual habría un solo procedimiento, que sería el de la licitación pública, que admitiría etapas alternativas o contingentes, además de las dos que el proyecto ya prevé, que son la mejora de oferta y de precios, que serían todas estas otras alternativas que se están planteando.

En caso de que esto fuera así, tampoco es novedoso, aunque sí lo sería para el Uruguay porque ahí hay un cambio no sólo filosófico, sino también de la sistemática histórica y tradicional. De todos modos, es el régimen del Derecho Contractual Administrativo brasileño, en el cual la licitación pública admite siete procedimientos diferentes, uno de los cuales es el pregón y el otro la subasta, como subprocedimientos dentro del género de la licitación pública.

En consecuencia, en la medida en que el papel tolera todo, se puede redactar de otra manera la solución que la Comisión desee.

SEÑOR GALLINAL.- Por ese motivo pregunto si entienden pertinente lo siguiente. En el artículo 8º, se establece lo siguiente: "Todo contrato se celebrará mediante el procedimiento competitivo que mejor se adecue a su objeto y a los principios generales de la contratación administrativa, de acuerdo a lo previsto en las disposiciones siguientes." Aquí introduciría como artículo 9º y 10º, el 11º y el 12º, estableciendo: "Corresponderá el procedimiento de la licitación pública mediante subasta o remate" y, en el 12º, "Corresponderá el procedimiento de la licitación pública mediante pregón o puja." Y, a continuación de esos dos artículos pondría el 9 que establece: "A falta de previsión expresa de otro procedimiento, corresponderá el procedimiento de la licitación pública cuando el monto de la contratación exceda de...." En fin, lo dejo para la reflexión y después veríamos cuál sería la redacción más ajustada.

SEÑOR DELPIAZZO.- Creo que el cambio de orden puede ayudar a clarificar la inquietud que planteaba el señor Atchugarry y que también está en la versión taquigráfica como preocupación del señor Senador Núñez.

Me pregunto y pregunto en orden a procurar eventuales redacciones alternativas si no sería mejor abrir más el esquema en el sentido de decir: "La subasta o remate, o el pregón o puja a la baja..." podrán ser procedimientos autónomos, pero también podrán insertarse en la licitación, es decir, agregar una disposición nueva que diga: "Dependiendo de las características...." Habrá que pensar exactamente la redacción. También podría agregarse: "Si se verificaren tales supuestos una licitación pública podrá terminar en subasta, en pregón..." o en lo que fuere. Se plantearía como un procedimiento incidental de la licitación tal como está regulada, sin perjuicio de que también puedan ser procedimientos principales. ¿Cuándo? Cuando se dan estos supuestos, porque allí no habría motivo para entrar por una licitación, sino que este competitivo se adaptaría mejor.

SEÑOR COSTA.- En el propio proyecto de ley se recoge la idea de que la licitación en la definición del precio a pagar o del ingreso a obtener por parte del Estado, sea ya no por la apertura sucesiva de sobres, sino que el momento de la definición del precio sea dada por incidentes -que contemplen, eventualmente, y de acuerdo al objeto del gasto qué es lo que se debe definir- tales como la subasta o el pregón. Eso se podría hacer perfectamente y, de hecho, está recogido más adelante. Pero, quizás, como principio general y como sistemática para mostrar que en realidad la lógica de todo el proyecto es el procedimiento competitivo, me parece que esta podría ser una solución y habría que pensar en una redacción alternativa.

SEÑOR DELPIAZZO.- Se puede hacer perfectamente.

SEÑOR ATCHUGARRY.- Creo que la primera inquietud que nos dejó el señor Senador Núñez era la forma en que se presenta este artículo 8º ex 33.

Por eso me permití insistir en que hay que tratar de mantener el esquema de enunciar que, en principio, la licitación pública permite sortear una dificultad que es casi como se presenta. Eso no obsta a que, como bien señalaba el señor Senador Gallinal, de repente nos convenga hacer un reordenamiento y decir que en principio se hace la licitación pública y, de repente, luego dar vuelta la redacción, ya que aquí se dice que se requiere licitación pública a partir de cierto monto, por lo que no se requerirá la misma por debajo de esa cifra.

Después, el señor Senador Gallinal planteaba que quizá podríamos incorporar formas de licitación pública. Ustedes señalaban que podían ser formas o procedimientos de la licitación pública, como también podían ser procedimientos autónomos, a lo que no le veo inconveniente.

Por lo que pude percibir, este era el punto que despertaba algún tipo de suspicacia. Si podemos buscar una redacción que preserve el enunciado original y que incorpore la sugerencia del señor Senador Gallinal, estaríamos avanzando rápidamente en este tema. Quizá puedan hacernos llegar las sugerencias de texto por correo electrónico en estos días, de manera de aprovechar mejor los tiempos de todos, intercambiando opiniones de aquí al miércoles que viene.

SEÑOR PRESIDENTE.- Si todos los miembros de la Comisión están de acuerdo con lo planteado por el señor Senador Atchugarry, agradecemos la visita del doctor Delpiazzo, del señor Prosecretario de la Presidencia, doctor Leonardo Costa y de la doctora Coduri.

Se levanta la sesión.

(Así se hace. Es la hora 15 y 57 minutos)

Documentación anexa